Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 283/2007 /rom

Urteil vom 5. Oktober 2007
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Ferrari,
Gerichtsschreiber Briw.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Bettoni,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten des Massnahmevollzuges (Art. 63 Abs. 2 StGB),

Beschwerde in Strafsachen gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 7. Mai 2007 (SB060127/U/jv).

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Winterthur hatte am 26. November 2003 X._____ wegen mehrfacher sexueller Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB und mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt und den Vollzug der Freiheitsstrafe bei einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben. Opfer war seine im November 1989 geborene Tochter.
B.
Nach den Frühlingsschulferien 2004 begann X._____ während dreier Monate, seine Tochter etwa einmal monatlich über ihre Kleider an die Brüste zu fassen. In den Sommerschulferien griff er ihr etwa fünfmal unter der Kleidung an die Brüste und streichelte diese. In der letzten Woche dieser Ferien forderte er sie mehrmals auf, ihn manuell zu befriedigen, was sie aber nicht tat. Er griff ihr mehrmals zwischen die Beine und massierte ihre Vagina (Urteil des Obergerichts S. 7). Ferner gab er ihr dreimal Zungenküsse.

In diesem Strafverfahren stellte das Obergericht des Kantons Zürich am 5. April 2007 als Appellationsinstanz fest, dass das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. Dezember 2005 insoweit rechtskräftig geworden war, als es X._____ der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 StGB) schuldig gesprochen und eine ambulante Massnahme (Art. 43 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) angeordnet hatte. Es sprach ihn in einem Anklagepunkt vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit einem Kind (Art. 187 Ziff. 1 StGB) und weiter vom Vorwurf der sexuellen Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) frei. Es bestrafte ihn mit 16 Monaten Freiheitsstrafe und schob den Vollzug nicht zugunsten der ambulanten Massnahme auf. Auch die vom Bezirksgericht am 7. Dezember 2005 als vollziehbar erklärte Vorstrafe von 18 Monaten Gefängnis (oben Bst. A) schob es nicht zugunsten der Massnahme auf.
C.
X._____ beantragt, das Urteil des Obergerichts insoweit aufzuheben, als weder die 16-monatige Freiheitsstrafe noch die 18-monatige Vorstrafe in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 StGB zugunsten der Massnahme

aufgeschoben worden waren, eventuell das Urteil in diesem Umfang aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft die Verletzungen von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Rüge muss präzise vorgebracht und begründet werden (BGE 133 III 439 E. 3.2).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet "willkürlich" (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4338).
2.
Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil die Vorinstanz auf das Einholen eines Obergutachtens zur Frage der Auswirkungen des Vollzugs auf die Erfolgsaussichten der Massnahme verzichtet hatte.

Das Gericht kann Beweisanträge abweisen, wenn es angesichts der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 131 I 153 E. 3; 125 I 127 E. 6c/cc; 124 I 208 E. 4a).

Die Vorinstanz führt zum Antrag auf Einholung eines Obergutachtens aus, sowohl das amtliche Gutachten wie auch die Privatgutachten seien sich darin einig, dass die Erfolgsaussichten der Therapie bei einem Strafaufschub grösser seien als bei einer vollzugsbegleitenden Massnahme. Die Frage, ob die Beeinträchtigung der Erfolgsaussichten ein rechtserhebliches Ausmass erreiche, sei als Rechtsfrage durch das Gericht und nicht durch einen Obergutachter zu entscheiden. Nachdem die von den Privatgutachtern geschilderten Umstände zwar die Erfolgsaussichten beeinträchtigten, diese Beeinträchtigungen jedoch kein rechtserhebliches Mass erreichten, könne auf ein Obergutachten verzichtet werden (angefochtenes Urteil S. 33 f.).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Erarbeitung der für den Aufschubsentscheid notwenigen Grundlage sei Sache der Fachpersonen. Genau in der Beurteilung beziehungsweise Erhebung dieser Grundlagen lägen die Differenzen zwischen den Einschätzungen der Dres. A._____ und B._____ einerseits und dem PPD andererseits. Beispielsweise ergäben sich Diskrepanzen in der Beurteilung der Paar- und Familientherapie. Die Diskussion dieser unterschiedlichen Auffassungen müsse zwingend im Rahmen eines Obergutachtens erfolgen.

Die Frage ist auf der Grundlage des Gutachtens des Psychiatrisch-Psychologischen Dienstes des Justizvollzugs des Kantons Zürich (PPD) vom 27. September 2005 zu entscheiden (kantonale Akten, act. 5/8). Nach der Praxis des Bundesgerichts darf von einem Gutachten nur abgewichen werden, wenn wirklich gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft der Feststellungen von Sachverständigen ernstlich erschüttern, was eingehender zu begründen ist (vgl. BGE 129 I 49 E. 4; 128 I 81 E. 2 S. 86). Dabei ist fraglich, ob ein Privatgutachten, dem lediglich die Bedeutung einer - ebenfalls der freien Beweiswürdigung unterliegenden - Parteibehauptung zukommt (BGE 127 I 73 E. 3f/bb S. 82), die Überzeugungskraft eines gerichtlich angeordneten Gutachtens zu erschüttern vermag. Allerdings kann ein Privatgutachten wie jenes von Dr. A._____ vom 22. Mai 2006 (act. 45) unter Umständen Zweifel an der Schlüssigkeit eines Gerichtsgutachtens oder die Notwendigkeit eines (zusätzlichen) Gutachtens begründen (vgl. etwa Urteil 6A.57/2003 vom 21. November 2003, E. 6.3 - 6.9). Privatgutachten können Fragen aufwerfen, die weiter zu begutachten sind. In diesem Sinn hat die Vorinstanz den Gerichtsgutachter beauftragt, zu den Berichten
des Psychotherapeuten Dr. B._____ vom 20. Mai 2006 (act. 43/1) sowie der Ehetherapeutin Dr. C._____ vom 19. Mai 2006 (act. 43/2) ergänzend Stellung zu beziehen. Die Anordnung dieses Ergänzungsgutachtens lag

in der klaren Kompetenz der Vorinstanz. Ein Zweitgutachten (Obergutachten) oder ein Ergänzungsgutachten ist einzuholen, wenn der gutachterliche Befund nicht genügt. Welche Art von Gutachten anzuordnen ist, ist Ermessensfrage. Ein Zweitgutachten steht im Vordergrund, wenn das Gericht ein bestehendes Gutachten für klar unzureichend und kaum verwertbar erachtet (vgl. Hans Wiprächtiger, Psychiatrie und Strafrecht - Was erwartet der Jurist?, in: Psychiatrie und Recht, Forum Gesundheitsrecht, Band 10, hrsg. von Gerhard Ebner/Volker Dittmann/Bruno Gravier/Klaus Hoffmann/René Raggenbass, Zürich 2005, S. 212).

Die Vorinstanz nimmt zu Recht an, dass alle Experten die Auffassung vertreten, die Erfolgsaussichten der Therapie seien bei einem Strafaufschub grösser als bei einer vollzugsbegleitenden Massnahme, dass aber die Rechtsfrage einer rechtserheblichen Beeinträchtigung der Erfolgsaussichten durch das Gericht zu entscheiden ist. Das bestreitet der Beschwerdeführer zwar nicht, er ist aber die Ansicht, dass bei der Beurteilung oder Erhebung der Grundlagen zwischen den Einschätzungen des Gutachters, des Privatgutachters und des Therapeuten Differenzen bestünden. Das Gericht muss indessen grundsätzlich von den Feststellungen des Gerichtsgutachters ausgehen. Stellen sich wie vorliegend aufgrund eines Privatgutachtens oder eines Therapieberichts weitere Fragen, die vom Gericht nicht selber beantwortet werden können, so sind diese dem Gerichtsgutachter vorzulegen, wie das vorliegend geschehen ist. Darauf ist abzustellen, wenn nicht wirklich gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft ernstlich erschüttern. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Einholung eines Zweitgutachtens erübrigte sich somit.
3.
Art. 9 BV gewährleistet den Anspruch, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Bei der Beweiswürdigung steht der Vorinstanz ein weiter Ermessensspielraum zu. Willkür liegt vor, wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dabei genügt es nicht, wenn sich der angefochtene Entscheid lediglich in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung rechtfertigt sich erst, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 127 I 38 E. 2a S. 41; 124 IV 86 E. 2a S. 88; vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG, oben E. 1).

In weiten Teilen seiner Beschwerde begründet der Beschwerdeführer den Willkürvorwurf damit, dass die Vorinstanz auf die Gerichts- und das Ergänzungsgutachten abgestellt habe, und stellt diesen den Therapiebericht und das Privatgutachten entgegen. Wie erwähnt, sind Therapieberichte und Privatgutachten nicht einem Gerichtsgutachten gleichzustellen. So führt er beispielsweise aus, der PPD und damit die Vorinstanz übersähen, dass für ihn (den Beschwerdeführer) das Erfüllen seiner Rolle als Ernährer und die Gewährung der finanziellen Sicherheit der Familie für die Stabilität seines Selbstwertgefühls zentral sei. Er verweist dazu auf die Berichte von Dr. A._____ und Dr. B._____. Er macht ferner geltend, die Vorinstanz unterstelle ihm zu Unrecht, er messe der Paartherapie eine entscheidende Bedeutung zu. Wenn die Paartherapie für den Beschwerdeführer aber nicht entscheidend ist, erscheint es nicht willkürlich, wenn auch die Vorinstanz ihr keine "allzu grosse Bedeutung" beimisst. Ferner bezeichnet er etwa die Auffassung der Vorinstanz, dass ein Therapeutenwechsel die bisher erzielten Therapieerfolge nicht gefährden würde, als willkürlich. Die Vorinstanz vertritt jedoch in haltbarer Weise diese Auffassung (angefochtenes Urteil S.
29). Diesem Beweisergebnis setzt der Beschwerdeführer lediglich seine Sicht der Auswirkungen eines Therapeutenwechsels entgegen. Eine solche Beschwerdeführung erweist sich als appellatorisch. Darauf ist nicht weiter einzutreten.
4.
Der Beschwerdeführer macht geltend, aufgrund der dargelegten Umstände - insbesondere der Einschätzungen von Dr. A._____ und Dr. B._____ - sei davon auszugehen, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe den möglichen Erfolg der Therapie erheblich beeinträchtigen würde. Dies gelte um so mehr, als er in der laufenden Behandlung bei Dr. B._____ bereits grosse Fortschritte gemacht habe, die im Falle eines Vollzugs nach dessen Einschätzung zunichte gemacht oder zumindest erheblich gefährdet würden. Die Weiterführung dieser Therapie in Freiheit biete sehr gute Resozialisierungschancen, die durch den Strafvollzug in der konkreten Konstellation verhindert oder wesentlich vermindert würden. Vor diesem Hintergrund verletze der angefochtene Entscheid Art. 63 Abs. 2 StGB.
4.1 Die Vorinstanz stützt sich beim Verzicht auf einen Aufschub der Freiheitsstrafen zugunsten der ambulanten Massnahme auf das Gerichts- und Ergänzungsgutachten. Auch nach erneuter Exploration des Beschwerdeführers und Auseinandersetzung mit den Meinungen der Dres. B._____, C._____ und A._____

ergebe sich, dass der Strafvollzug die Erfolgsaussichten einer vollzugsbegleitenden, deliktsorientierten und rückfallpräventiven Psychotherapie nicht rechtserheblich tangieren oder gar ausschliessen würde. Sie räumt ein, dass ein Verbleiben in der Freiheit für den Beschwerdeführer und seine Familie gewisse Vorteile nach sich ziehen würde, kommt aber zum Ergebnis, dass diese Vorteile nach dem Gutachter für den Erfolg einer Therapie nicht zentral seien. Der Wegfall dieser Vorteile bewege sich im normalen Spektrum dessen, was als Folge des Strafvollzugs zu gewärtigen sei. Ein darüber hinausgehender, spezifisch negativer Effekt für die Erfolgsaussichten der Behandlung sei nicht erkennbar (angefochtenes Urteil S. 34).
4.2 Gemäss der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes gilt der Grundsatz, dass die Strafe vollstreckt und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Es ist vom Ausnahmecharakter des Strafaufschubs auszugehen. Dies ergibt sich zwanglos auch aus dem Grundsatz der Subsidiarität von Massnahmen nach Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB, der hier zur Anwendung gelangt. Solange eine Strafe allein geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen, ist deren Anordnung vorzuziehen. Eine ambulante Massnahme und entsprechend auch der damit verbundene mögliche Aufschub der Strafe bedürfen einer besonderen Rechtfertigung (vgl. BGE 129 IV 161 E. 4.1 und 4.3; Marianne Heer, Strafgestzbuch I, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 63 N. 39, im Druck).

Der Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefällten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht vor, falls eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde. Zu berücksichtigen sind dabei einerseits die Auswirkungen des Strafvollzugs, die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung sowie die bisherigen Therapiebemühungen, andererseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten schuldangemessen zu ahnden beziehungsweise rechtskräftige Strafen grundsätzlich zu vollziehen.

Wo ein Therapieerfolg wahrscheinlich ist, sollte (tendenziell) zunächst ärztlich behandelt werden. Ein Strafaufschub ist angezeigt, wenn der Strafvollzug die begründete Aussicht auf erfolgreiche Heilbehandlung erheblich beeinträchtigen würde. Dies ist nicht erst anzunehmen, wenn der Vollzug eine Therapie verunmöglicht oder den Behandlungserfolg völlig in Frage stellt. Vielmehr geht die Therapie vor, sobald eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, die der Strafvollzug verhindern oder wesentlich vermindern würde. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebots muss der Behandlungsbedarf jedoch um so ausgeprägter sein, je länger die zugunsten der ambulanten Therapie aufzuschiebende Freiheitsstrafe ist. Die ambulante Massnahme darf im Übrigen nicht dazu missbraucht werden, den Vollzug der Strafe zu umgehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben. Ein Aufschub muss sich aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen (BGE 129 IV 161 E. 4.1).
4.3 Die Vorinstanz beurteilt die Sache ausführlich und sorgfältig nach diesen Kriterien. Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, überzeugt nicht.

Geht es um die Anwendung und Auslegung des Strafgesetzbuchs, vorliegend also um Art. 63 Abs. 2 StGB, so sind - wie nach dem bisherigen Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (Art. 277bis Abs. 1 BStP) - die vorinstanzlichen tatsächlichen Feststellungen massgebend (oben E. 1). Das berücksichtigt der Beschwerdeführer nicht, wenn er sich für die behauptete Verletzung von Art. 63 Abs. 2 StGB auf die Aussagen des Therapeuten und des Privatgutachters stützt und damit von einem anderen Sachverhalt ausgeht.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Lösung der Paarproblematik könne während des Strafvollzugs nicht angegangen werden, obwohl sie eine wichtige Rolle spiele. Wie die Vorinstanz ausführt, lässt sich aus der vagen Möglichkeit einer positiven Beeinflussung der Rückfallgefahr nicht schliessen, dass durch die Verschiebung der Paartherapie auf die Zeit nach einem Strafvollzug die langfristigen Erfolgschancen der Einzeltherapie erheblich beeinträchtigt würden. Auch könne die Verschiebung des Erprobens von Lösungsansätzen im Alltagsleben auf die Zeit nach einem Vollzug als eine dem Vollzug inhärente Folge in Kauf genommen werden (angefochtenes Urteil S. 27). Zutreffend weist die Vorinstanz auch den Einwand zurück, ein Therapeutenwechsel würde die bisher in der Therapie erzielten Erfolge gefährden. Eine kritische Einstellung gegenüber Therapeuten sei in breiten Kreisen der Bevölkerung bekannt und nicht geeignet, einen Sonderfall des Beschwerdeführers zu begründen. Es sei sehr wahrscheinlich, dass das zu Dr. B._____ erlangte Vertrauen nicht einzig auf dessen

Persönlichkeit beruhe, sondern auf einer Kombination von Faktoren (Erfahrungen aus erster Therapie, aufgewendete Zeit, aufgrund der einschlägigen Vorstrafe veränderte
prozessuale Situation, Druck des drohenden Strafvollzugs, Bedeutung der Therapie im Hinblick auf einen Aufschub des Strafvollzugs etc.; angefochtenes Urteil S. 29). Zum Verlust der Arbeitsstelle führt die Vorinstanz zutreffend aus, die hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit allein rechtfertigte keine abweichende Behandlung gegenüber Angeklagten mit geringeren Einkommen. Nicht nur bei Personen mit hohen Einkommen sei es nicht ungewöhnlich, dass die Möglichkeit, für das ökonomische Wohlergehen der Familie sorgen zu können, zentral für die Erhaltung bzw. Stärkung des Selbstwertgefühls sei. Daraus könne jedoch keine erhebliche Gefahr für den Therapieerfolg abgeleitet werden (angefochtenes Urteil S. 30). Hinsichtlich einer zusätzlichen Belastung für die Tochter weist die Vorinstanz richtigerweise darauf hin, dass das Opfer auch nicht die geringste Mitverantwortung an der heutigen Situation trägt. Es könne zudem nicht beurteilt werden, ob für die Tochter der Vollzug oder der Aufschub der Strafe die grössere Belastung darstelle (angefochtenes Urteil S. 32).
5.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten vor Bundesgericht (Art. 66 Abs. 1 BGG.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4’000.- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wir dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Oktober 2007
Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: